

总第 121 期  
2012 年 3 月

甘 肃 政 法 学 院 学 报  
Journal of Gansu Institute of Political Science and Law

General No. 121  
Mar., 2012

# 论凸显劳动合同人身性特征的法律实益

## ——兼论对劳动者人身权的保护

冯祥武

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361105)

**摘 要:**劳动合同毕竟不同于一般民事合同。劳动合同是人身性合同。凸显劳动合同的人身性特征,进一步加强对劳动合同弱势一方的劳动者的人身保护,对于我国现实劳动关系的改善和劳动力资源的可持续发展具有深远意义。其在法律上的实益表现在:宏观上,有利于解释国家为什么要对劳动合同予以立法规制;中观上,有利于认识劳动合同法对劳动者人身保护的不足并予以补救;微观上,有利于强化用人单位对劳动者的人身保护义务。

**关键词:**社会法;劳动合同;人身性特征;法律实益;劳动者人身保护

**中图分类号:**DF472

**文献标识码:**A

**文章编号:**1007-788X(2012)02-0054-08

劳动合同作为确认劳动关系的基础性法律事实,是世界各国普遍采用的建立劳动关系的法定方式。当下,世界各国法律现代化的发展总体上是在朝着契约自由的方向发展的。因此,在中国,进一步张扬契约自由,对于权利本位的深入人心和个人权利的兴起是有助益的。但是,劳动合同毕竟不同于一般民事合同。劳动合同是人身性合同。<sup>①</sup>在劳动合同法律关系中,个体劳动者和用人单位之间的谈判力量相差悬殊,契约自由往往伤及处于弱势一方的劳动者的权利,尤其是劳动者的人身权利。因此,在劳动合同领域,完全的契约自由是有悖于法律的公平和正义的。劳动合同的人身性特征决定了国家立法必须对劳动合同中的契约自由予以规制。尽管在我国,劳动关系兼具人身性与财产性特征,已经是劳动法理论界认可的通说。但从笔者的我国主流劳动法学教材来看,它们对劳动合同特征的阐述——或者从劳动合同是强制性契约,隶属(从属)性是它的本质特征,或者从劳动合同是任意性契约,合意性是它的本质特征——两个方面来阐述的。可见,这些劳动法学教材对劳动合同人身性特征的认识是明显不足的。笔者认为,劳动合同区别于一般民事合同的本质特征是人身性特征。<sup>②</sup>而在理论和实践上凸显劳动合同的人身性特征,进一步加强对劳动合同弱势一方的劳动者的人身保护,不但对于我国现实劳动关系的改善和劳动力资源的可持续发展意义深远,而且,其法律上的实益体现在:宏观上,有利于解释国家为什么要对劳动合同予以立法规制;中观上,有利于认识劳动合同法对劳动者人身保护的不足并予以尽可能地补救;微观上,有利于强化用人单位对劳动者的人身保护义务。

### 一、有利于解释为什么要对劳动合同予以立法规制

在劳动关系变化过程中,核心的问题是劳动合同,它被视为一种保护劳动者免受不公正待遇的机制。正

收稿日期:2011-06-07

作者简介:冯祥武(1972—),男,湖南永州人,厦门大学法学院博士研究生,中共汕头市委党校副教授,主要研究方向为劳动与社会保障法。

①德国学者 Weissz 提出“劳动合同的核心是人身依附性”。(参见杨燕绥等:《劳动法新论》,中国劳动社会保障出版社 2004 年版,第 233 页)。我国学者张志京阐述劳动合同的特征时认为,“劳动合同具有特定的人身性质”(张志京:《劳动法》,复旦大学出版社 2008 年版,第 59 页)。笔者认为,强调劳动合同的人身性特征与中外学者强调劳动法律关系的人身性,在本质上是是一致的。

②关于劳动合同的人身性特征,笔者以我国劳动法学教材对劳动合同特征的阐述为切入点,选取了我国大陆地区 27 部主流劳动法学教材关于劳动合同特征的阐述为样本,详尽分析它们对劳动合同特征的阐述,以检讨我国劳动法学界对劳动合同人身性特征的认识不足,并写有《论劳动合同的本质特征》一文。(关于人身性特征是劳动合同本质特征的观点,还可参见冯祥武:《我国应建立劳动者财产形成制度》,载《未来与发展》2011 年第 4 期。)

如台湾简良机教授所说：“盖劳基法的立法及劳动契约概念的产生，本来就是为了对具有‘从属性’劳动提供者，予以实质的保护，而对民法的‘雇佣契约’加以修正。”<sup>[1]</sup>在这里，“对民法的‘雇佣契约’加以修正”是指劳动合同（契约）不同于一般民事合同，劳动合同是一种具有人身“从属性”的合同，具有较为浓厚的人身性色彩。因此需要专门的劳动立法对劳动合同予以规制。为什么契约自由原则在劳动合同法领域不能完全适用呢？就是因为劳动合同是人身性合同：人的劳动从本质上说不是商品，人身权优于财产权，劳动者的生存权是最大的人权。

#### （一）因为“人的劳动不是商品”

劳动合同不同于一般的民事合同，劳动合同的客体是人的劳动。1919年的《国际劳动宪章》为国际劳工组织此后制定公约和建议书列出的所应当遵循的9项原则<sup>①</sup>中的第1项就是“在法律上和事实上，人的劳动不应视为商品”。尽管经济学承认劳动力是商品。但是在法学和社会学上，“人的劳动不是商品”。这也是劳动法独立于民法并得以存在和发展的认知基础。这也是为什么要对劳动合同进行较为严格的立法规制的逻辑起点。

商品是用来交换的劳动产品，是使用价值和价值的统一。本来，“人的劳动”本身不可能成为“交换的劳动产品”。但是马克思的研究表明，在资本主义社会，劳动力已经成为商品。也就是说，市场经济条件下，劳动力事实上已经成为一种特殊性商品，<sup>②</sup>但它又不可能通过供求关系的调节实现真正的交换价值。即他们不可能像商品市场中的买卖双方，可以通过角色的相互转换而达到利益的平衡。政治国家如果听任劳动市场的自由发展，坚持完全的契约自由原则，一则将会损害劳动者利益，尤其是劳动者的人身利益，妨碍劳动力的可持续发展；二则对于社会公共利益（或公共政策）难免不发生危险。现代法治社会一般采用两大途径来消除自由劳动力市场中“契约自由”的弊端：一是国家规制，特别是以立法的形式来对劳动合同进行国家干预；二是允许劳动者“自救”，如罢工，在历史上就是劳动者力图掌握自己的命运，为改善生存条件而斗争的最重要的“自救”形式之一。在我国，劳动者通过罢工“自救”的路径并不畅通，加之我国集体合同制度也不发达，国家立法规制几乎是用来消除自由劳动市场中“契约自由”弊端的唯一途径。

尽管劳动合同也是由双方当事人合意签订，但由于劳动合同建立起来的是长期的债务（或债权）关系，并被打上了劳动者个人之身份与人格的烙印。劳动者对用人单位具有身份的从属性，用人单位对劳动者具有人格的控制性。正如被誉为劳动法之父的德国劳动法学家胡果·辛兹海姆教授（Hugo Sinzheimer, 1875—1945）早在一个多世纪之前所指出：在雇员和雇主之间根本就不存在所谓的“契约平等”。劳动契约关系事实上是一种支配和从属的“权力关系”。劳动法作为一门新的学科，在摒弃劳动合同是订立者双方自由选择的产物的主观臆断中得以产生。<sup>[3]</sup>因此，劳动合同不能完全适用于债法之规范和契约自由的原则。在劳动关系中，贯彻“人的劳动不是商品”，意味着法律必须服务于劳动者的生存安全原则。在劳动合同中，当用人单位（雇主）的财产权和劳动者的人身权冲突时，法律应奉行劳动者人身权优于雇主财产权的原则。

#### （二）因为人身权优于财产权

劳动者签订劳动合同的目的是为了自己的人身保障。德国著名的劳动法学家 W. 杜茨认为：“劳动合同不是传统意义上的关于给付和对等给付的债权债务合同，相反它是一种带有很强人身权色彩的，关系到雇员生存基础的法律关系。因此无论如何应该被寄予希望给予生存和生活保护”。<sup>[4]</sup>所以，当劳动合同上的劳动时间失之过长，工钱失之过低，工作环境有危险之虞的时候，劳动者的各项人身权利将会受到威胁，社会秩序将受到挑战，国家公权力必须对劳动合同加以干预。

历史上，政治国家对涉及到人身性的契约的干预源远流长。例如，在古代罗马社会，国家法律对待不能

---

① 《国际劳动宪章》中规定的9项原则是：（1）在法律上和事实上，人的劳动不应视为商品；（2）工人和雇主都有结社的权利，只要其宗旨合法；（3）工人应该得到足以维持适当生活水平的工资；（4）工厂的工作时间以每日8小时或每周48小时为标准；（5）工人每周至少有24小时的休息，并尽量把星期日作为休息日；（6）工商业不得雇佣14岁以内的童工，并限制14—18岁男女青年的劳动；（7）男女工人做同等工作应得到同等的报酬；（8）各国法律所规定的劳动状况标准，应给合法居住该国的外籍工人以同样的待遇；（9）各国应设立监察制度以保证劳动立法的实施，监察人员应有妇女参加。

② 台湾学者黄越钦尽管反对劳动力是商品的观点，但是也不得不承认劳动力是一种特殊的商品，难逃市场交易的命运。（参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第390页。）

偿还债务的债务人之处处理态度经历了一个从放任到规制的过程：古罗马时期，法律允许债权人直接杀戮不偿还债务的债务人，当债权人有数人时，债权人还可以分割债务人的身体；罗马帝国中期，法律允许债权人将债务人卖为奴隶抵债；罗马帝国的后期，随着人格权的提出，法律既不允许债权人杀死债务人，也不允许将债务人卖为奴隶抵债，债权人只可以对债务人的财产采取措施。<sup>[5]</sup>在古代希腊社会，国家法律也禁止以人身为担保的借贷契约。亚里士多德在《雅典政制》中说“在梭伦的宪法中，最具有民主特色的大概有以下三点：第一而且最重要的是禁止以人身为担保的借贷；……”<sup>[6]</sup>在美国，有关雇佣合同的早期传统观点认为，雇佣合同与其他合同没有什么区别，都适用契约自由原则。但从19世纪80年代到20世纪50年代之间，法院判例逐渐形成了对雇佣合同中的契约自由进行规制的两大理论。一种理论是：不允许雇主利用雇佣关系来妨碍重要的公共政策的实现。另一种理论是：雇佣是一种合同关系，而在任何合同关系中包含着诚实信用和公平交易的默示义务。如果雇主以缺乏诚信的理由解雇雇员就违反了合同。<sup>①</sup>在 *Monge v. Beebe Rubber Co.* 案中<sup>②</sup>，涉及到一个女雇员的性骚扰问题。女雇员因拒绝与雇主发生性关系而被解雇。法院认为，以这种与雇佣关系无关的理由而解雇雇员的行为，违反了雇佣合同中的诚信与公平交易的默示义务。古代罗马社会出于对债务人的人格保护，而逐步限制契约自由；古代希腊“禁止以人身为担保的借贷契约”也是出于对契约当事人的人身保护；近代美国对“雇佣自由”予以规制名义上是出于公共政策和社会秩序的考量，实质上是体现了法律对人身权的保护优于对财产权的保护。

我国现行的法律法规（包含一些司法解释）中也有不少体现“人身权优于财产权”的立法例。例如，《合同法》第73条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》规定，“债权人代位权”不适用于“专属于债务人自身的”债权（如劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费请求权等权利）。因为劳动报酬是专属于债务人自身的债权，并且事涉债务人的人身生存利益。《著作权法》对著作权人的著作人身权的保护是不受期限限制的，而对著作财产权的保护期限一般为作者终生加死后50年。这说明著作人身权优于著作财产权。《破产法》规定，劳动债权优先于无担保的债权得以清偿，也是基于劳动债权事涉劳动者人身生存利益，所以予以特别保护。《保险法》规定，人身保险不同于财产保险，不适用代位求偿制度。《继承法》规定，遗产分割时，应保留胎儿的继承份额。这也是出于对人的尊重和关怀。还有，民间借贷契约中的利息问题，按理，国家不应当对民间借贷契约予以干涉。但为了保护借款人免于陷入人身困境，进而破坏公共秩序，国家还是颁布了限制最高利息的法律。

劳动合同中的劳动义务不得强制履行的原则，也可以说是劳动者人身权优于用人单位财产权的范例。由于劳务给付义务本身是一种债，用人单位对劳动者享有“劳务给付请求权”，当劳动者不履行劳务给付义务，如果允许用人单位（雇主）对具有高度的人格意义劳务给付义务以强制的方式实现，势必会造成对劳动者人身自由的侵害。这时，即面临着两大法益的冲突——债权人雇主债权的满足与债务人劳动者人身权保护的冲突。由于人身权优于财产债权，因此不能允许债权人（雇主）强制劳动者给付劳务，而只能依债务不履行而请求损害赔偿。

保障劳动法制中的“人身权优于财产权”原则的贯彻，就要对劳动合同予以立法规制。如果不能对具有人身性特征的劳动合同予以规制，以保障劳动者的人身权利，那么，在资本主义国家，就会如马克思所说的一样，“雇佣劳动制度是奴隶制度，而且社会劳动生产力愈发展，这种奴隶制度愈残酷，不管工人得到的报酬较好或是较坏。”<sup>[7]</sup>在我们社会主义国家，和谐的劳动关系就难以建立。

### （三）因为生存权是最大的人权

劳动法是劳资冲突的缓冲地带，资方在这儿保守其“既得权”，劳动者在这儿获得其“生存权”。<sup>[8]</sup>确实，作为社会法重要成员之一的劳动合同法，在一定意义上是保障劳动者“生存权”的法律。正如欧洲学者 T. H.

<sup>①</sup> 按照“雇佣自由”的理论，雇佣合同双方可以根据协商结果签订任何内容的合同，双方都没有任何法定的义务。只要雇佣合同没有非常明确的约定，双方都可以在任何时间以任何理由或者是不需要任何理由就可以终止合同。因此，雇主享有解雇不受明示合同保护的任何雇员的绝对权利，甚至是公共机构也享有随意解雇不受合同保护的雇员这一权力。但是，随着时间的推移，一些州法院开始用“公共政策”与“诚实信用和公平交易的默示义务”来对“雇佣自由”学说的适用进行规制。（See Mack A Player, *Employment Discrimination Law* [M], St. Paul: West Publishing Co. 1988, p. 2-9.）

<sup>②</sup> 373 Mass. 96, 364 N. E. 2d 1251(1977).

马歇尔(T. H. Marshall)所说,民事合同保障了民事权利,给人们以平等的人身权利和财产权利,它旨在创造公平交易的市场和民主的社会;劳动合同保障了社会权利,它旨在创造就业安全和社会福利,使分享社会财富成为每个公民的特权。<sup>[9]</sup>因为,劳动者是基于其基础性人身权之生存权来主张其劳动权的。也就是说,民法保护市场经济秩序下的交易安全,劳动法等社会法矫正市场经济秩序条件下“公平交易”所带来的偏差。

最早把生存权作为“法的权利”表述的,是奥地利法学家门格尔·安东(Menger Anton,1841—1906)。<sup>①</sup>而最早以宪法的形式确认“生存权”的是1919年的德国《魏玛宪法》,其151条第1款规定,经济生活的秩序必须适合社会正义的原则。在20世纪,积极的经济和社会权利被提高到了与公民权利和政治权利同等的地位。劳动者的生存权,在《世界人权宣言》、国际劳工组织的八项核心公约等国际性法律规范中得到了进一步强化,上升为人权。劳动权及劳动者的生存权是基本人权是具有说服力的。基于此,劳动法才赋予了劳动者带薪休假的请求权;疾病时享有继续支付工资的请求权;在对方不履行支付工资义务时享有劳动给付的留置权等。

尽管在法理上,权利是可以放弃的。但是由于劳动合同事涉劳动者的生存权和基本人权,如果劳动者自愿放弃合同权利的行为与劳动法的“维权”宗旨、社会正义等基本价值观以及公共利益相悖,则该放弃行为应受限制。因为“雇员也有在劳动中对其自身的安全和健康,以及其同事和劳动相关人员的安全和健康注意的法定义务”<sup>[3]175</sup>。这与我国劳动法律禁止在劳动合同中约定“生死条款”、“歧视条款”、“保证金条款”,以及劳动者“自愿放弃社会保险的约定条款”无效是一致的。

如果不能对劳动合同予以规制,以保障劳动者的基本人权:劳动权和生存权,在资本主义国家,就会如马克思所指出,“对资产阶级来说,现在的情况比起旧的奴隶制度来却是无比的有利:他们可以随便在什么时候辞退自己的工人,同时并不以此使投下的资本受到损失……”<sup>[9]</sup>在社会主义国家,劳动关系就会激化,构建和谐社会的目标就难以实现。

## 二、有利于认识劳动合同法对劳动者人身权利保护的不足并尽可能地补救

由于劳动合同是人身性合同,因此不仅要保护劳动合同中劳动者的财产性利益,更要保护劳动合同中劳动者的人身性利益。就我国的《劳动合同法》而言,尽管总体上是一部对劳动者权利予以倾斜保护的良法。但是,其对劳动者人身权利保护方面,还存在着一些不足。凸显劳动合同的人身性特征,有助于我们的国家和社会认识到劳动合同法对劳动者人身性保护的不足,并尽可能地采取积极的补救措施。

### (一)劳动合同法对劳动者人身权利保护方面规定不足

劳动法的存在和发展,是基于对民法秩序进行修正,将劳动力和财产权予以同等保护,最终使劳动力支配权和财产权成为人们生存的双重手段。因此,理论上,劳动合同法应当担当起对劳动者人身权利保护的责任。然而,在《劳动合同法》的98个条文中,只有第8、38、84、88条共4个条文涉及了用人单位对劳动者人身权利保护的内容。<sup>②</sup>这显然是不够的。

首先,规定劳动合同之法定内容的第17条缺乏有关保护劳动者人身权利的规定。劳动合同内容是劳动关系双方当事人权利义务的具体化。劳动合同应当全面规范劳动关系双方在财产和人身两方面的权利

① 门格尔·安东在《新国家论》一书中提出,在现有的社会资源条件下,给予一部分社会成员以维持生存所必需的物质和劳动手段,比让另一部分人过上充足的生活更有必要。假如这一点在法律上能够得到确认,生存权才能得以保障。(参见蒋月:《社会保障法》,厦门大学出版社2004年版,第63页。)

② 《劳动合同法》第8条规定:“用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬,以及劳动者要求了解的其他情况;用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。”第38条规定,“……用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的,劳动者可以立即解除劳动合同,不需事先告知用人单位。”第84条规定,“用人单位违反本法规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。劳动者依法解除或者终止劳动合同,用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的,依照前款规定处罚。”第88条规定,“用人单位有下列情形之一的,依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任:(一)以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;(二)违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的;(三)侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的;(四)劳动条件恶劣、环境污染严重,给劳动者身心健康造成严重损害的。”

义务。事实上,我国的各类劳动合同文本普遍存在着重视财产权利,忽视人身权利的倾向。劳动合同的双方当事人往往对工资、社保、基准劳动条件等经济财产性权利较为关注,而对工作中本应重点保护的劳动者的人身性权利较为忽视。这便造成当劳动者人身权利遭受侵害(如性骚扰)时,无法通过劳动法来寻求救济,而只能依据民事法律规范来处理劳动侵权。这样一来,不但用人单位应承担的责任相对较小,而且,一方面是劳动者的损失得不到完全修复,另一方面也会助长类似劳动侵权事件的发生。

其次,《劳动合同法》第8条没有贯彻“有利劳工原则”(或对劳动者倾斜保护的原则),具体来说,没有将事关劳动者人身性隐私的说明排除在“劳动者应当如实说明”之外。第8条规定用人单位与劳动者建立劳动关系、订立劳动合同时彼此互享信息知情权和互负告知义务。该法条使得民法上的“先合同义务”(或者缔约过失责任)在劳动法领域得以运用,有助于保护劳动合同订立阶段双方当事人的权益。然而,第8条的规定并不周延,立法没有将事关劳动者人身性隐私的说明排除在“劳动者应当如实说明”之外。例如,蒙古国的劳动法律规定,当一个人在就业面试时,法律禁止雇主提有关个人生活、(政治)见解、婚姻状况、政治面貌、宗教信仰的问题,或者禁止对面试的妇女提问是否怀孕的问题。<sup>①</sup>在我国,实践中有一些用人单位要求劳动者在订立劳动合同之前必须对自己的婚姻、怀孕等状态进行告知,甚至将不结婚或不怀孕作为录用(雇用)的先决条件。这不利于劳动者人身权利的保护。

再次,劳动合同法对培训服务期合同的规定没有贯彻劳动法制中的“人身权优于财产权”的原则。尽管《劳动合同法》在第22条第2款赋予了劳动者择业自由,并把违约金的数额限定为“不得超过用人单位提供的培训费用”,而且允许扣除劳动者已经服务了的期限所分摊的培训费部分,但其最大的缺陷是没有规定大致的服务期时间跨度。因此,实践中出现有些用人单位花2—3万元培训费,可以要求劳动者服务近10年的现象。究竟如何平衡劳动者择业自由权(在一定程度上具有人身自由的性质)与用人单位培训债权是非常值得考量的问题。

最后,劳动合同法对用人单位规章制度侵犯劳动者人身权利的行为没有规定较为严厉的罚则。尽管《劳动合同法》第4条规定,用人单位在制定、修改或者决定有关直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。但对于违反该条规定的,《劳动合同法》第80条仅规定“由劳动行政部门责令改正,给予警告;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任”。这种处罚力度相比日本的《劳动基准法》第89条规定刑事处罚,<sup>[10]</sup>显得过于温和。

## (二)劳动合同法应对其在保护劳动者人身权利的不足方面进行补救

首先,劳动合同法应当确立在立法、司法和执法上的“有利劳工原则”。“有利劳工原则”是基于劳动法的立法宗旨而独立出现的一项劳动法的调整原则。在司法方面,其具体含义“当合同意思仍然不清时,对合同条款的解释必须有利于承担义务一方,也就是有利于雇员”<sup>[11]</sup>。之所以如此,是因为劳动合同多为附合合同(格式合同),合同文本是用人单位提供的,个体劳动者一般没有讨价还价的余地。在一般的民商事领域,这种不利于合同提供者的解释原则称为“不利解释原则”。<sup>②</sup>在劳动法中确立“有利劳工原则”的法益,在于通过该原则的实施,消除因各种因素(如立法不足、法条竞合、权利冲突等)而导致或可能导致劳动者一方利益失衡的现象,真正保护和实现劳动者的合同权利。

其次,劳动合同法应当明确用人单位对劳动者的人身保护的附随义务。因为劳动合同是人身性合同,劳动法贯彻“有利劳工原则(或对劳工进行倾斜保护原则)”,以及劳动合同中的诚实信用原则。用人单位基于劳动合同而负有对劳动者的人身保护的附随义务。劳动合同法应当对这种附随义务作出明确的立法性规定。在法理上,用人单位所应承担的劳动者人身保护附随义务主要包括:订立合同时不随意搜集和打听与劳动者职业无关信息的义务;履行劳动合同中对劳动者生命健康权和其他人格权利的保护义务;合同终止后对劳动

<sup>①</sup> 蒙古国的《劳动法》7.2条规定:“在劳动关系中不能有基于国籍、种族、性别、社会出身或社会地位、财富、宗教、意识形态的差别、限制或特权”。(See Asia Monitor Resource Center, Asia Pacific Labour Law Review: Workers' Rights for the New Century [M]. Hong Kong: AMRC, 2003, p. 223.)

<sup>②</sup> 例如我国《保险法》第30条规定,“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同,保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的,应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的,人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。”

者资料妥善保管义务、转移有关档案资料的义务;对劳动者在用人单位发生事情非经本人同意或非经法定程序不得随意公开义务等。

再次,劳动合同法应当明确用人单位(雇主)对劳动者人身权利的保护责任。用人单位的人身保护责任是指用人单位违反对劳动者人身保护义务所应承担的责任。例如,用人单位内部发生侵犯劳动者人身权利的事件,用人单位应对劳动者承担赔偿责任。也就是用人单位不仅要对自己内部规章制度导致员工人身权利集体被侵害的事件要承担赔偿责任,而且要对因企业员工之间在劳动场所发生的人身侵权行为(比如性骚扰)也应承担连带赔偿责任。因为此种侵权行为的发生与用人单位对员工疏于管理是分不开的,故也应由用人单位(雇主)承担赔偿责任。在许多发达国家,基于雇主责任,雇主一般会为雇员购买雇主责任保险,以便由保险公司来承担部分由于雇员在受雇期间发生人身伤亡的经济赔偿责任。

最后,劳动合同法应当考虑建立一个准司法性质的机构,以支持劳动者在履行劳动合同过程中人身权利遭受侵害后的起诉行为。因为仅从立法上加强对劳动者人身权利的倾斜保护是不够的。在我国,劳动者权益屡屡遭受侵害的背后,也折射出我国对劳动者权利司法保护的不力。一方面,我国的劳动者人身权利受到侵害后,缺乏一个如美国的平等就业机会委员会(The Equal Opportunity Employment Commission, EEOC)一样的专门机构直接代表劳动者向用人单位提起诉讼,尤其是劳动集团诉讼。另一方面,用人单位往往利用劳动法律所规定的“一裁两审”的程序来故意拖时间,而劳动者个人往往在这一漫长的程序中陷入生活困顿了。<sup>①</sup>当然,还可以考虑建立专门的劳动法院(法庭)。鉴于劳动争议案件具有不同于民事案件的特点,无论从审判理念、审判模式、法律适用、审理效果等方面分析,由民事法庭审理劳动案件不利于保护劳动者的权益,加之在我国,劳动法制观念还是比较淡薄,不建立专门的劳动法院不足以引起人们对劳动保护(特别是劳动者人身保护)的足够重视。

### 三、有利于强化用人单位对劳动者的人身保护义务

由于劳动合同是人身性合同,劳动者对用人单位有忠实的义务,用人单位对劳动者有保护的义务。诚如台湾学者林诚二指出:“劳动契约具有特别信赖关系,同时具有人格上之特性,劳动者人格之尊严及合理生存条件应受尊重与保护。”<sup>[12]</sup>而“尊重与保护”劳动者人格尊严和生存条件的义务主体有二:一是国家;二是用人单位。前者表现为劳动基准法(如《劳动法》、《安全生产法》等)所规定的用人单位必须履行的具有公法性质的“安全和卫生”保护义务(国家是主要的义务主体);后者表现为劳动合同中用人单位对劳动者生命健康权予以保护的附随义务(用人单位是义务主体)。用人单位对劳动者(人身)保护义务,在法理上源于劳动法制的倾斜保护原则与诚实信用原则;源于劳动合同的人身性特征。用人单位对劳动者的人身保护主要表现为“人格之保护”<sup>②</sup>,具体包括:对劳动者的生命权、身体权、健康权、肖像权、荣誉权、人身自由权、隐私权等具体人格权的保护。在我国现阶段,张扬和强化用人单位对劳动者的人身保护义务(主要表现为劳动合同的附随义务),对减少诸如“开胸验肺事件”、“富士康员工连续跳楼事件”的发生,不无裨益。

#### (一)用人单位对劳动者生命权、健康权的保护

有生命且健康的身体,是劳动者的人格赖以存在的物质载体,对于劳动者的存在和发展具有极为重要的意义。劳动合同是一种具有人身属性的合同,劳务的给付必须由劳动者的身体动作来完成,劳动又是人类最大量和最普遍的活动形式,所以,劳动者的生命权、健康权和身体权也最容易在劳动过程中受到伤害。<sup>[13]</sup>在我国,劳动者的生命权受到公法如刑法的保护,也受到私法如民法的保护。就我国的民法保护而言,《民法通则》第98条只规定了生命权、健康权,而没有规定身体权。在司法实践中,对于侵害劳动者身体权的行为,如果只是造成了伤害后果,则作为侵害健康权处理;如果已经造成了劳动者死亡,则作为侵害生命权进行处理。其实,劳动者的生命权、健康权仅仅依靠公法和私法保护是不够的,还特别需要社会法,诸如劳动合同法的保

<sup>①</sup> 有鉴于劳动者在劳动诉讼中的弱势地位,《社会保险法》第30条和第41条创建了我国医疗和工伤保险基金的“先行支付代位求偿制度”。这是我国劳动法与社会保险法中的一个重大制度创新。(参见冯祥武:《〈社会保险法〉的制度创新与立法不足》,载《中国人力资源开发》2011年第6期。)

<sup>②</sup> 台湾学者黄越钦将用人单位(雇主)对劳动者的保护义务分为“平等原则之保护”、“人格之保护”、“财产之保护”。(参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第177—180页。)



护(如规定用人单位保护劳动者生命权、健康权的附随义务)。

劳动者的生命权,是劳动者以其性命维持安全利益为内容的人格权。劳动者是国家和社会最为宝贵的人力资源,“世间一切事物中,人是第一可宝贵的。”<sup>[14]</sup>生命、身体、健康是劳动者的最根本利益,是劳动者之所以为人,并进而成为劳动法律主体的根基。用人单位对劳动者生命权的保护义务体现在两个方面:在物质上,应当提供符合安全卫生标准的劳动条件,支付不低于最低工资标准的劳动报酬等;在精神上,要安抚劳工的情绪,促进劳动者经济地位向上,使之感受到自己在体面劳动,尊严生活。因此,劳动者生命权应当受到用人单位的特别保护。

劳动者的健康权,是劳动者享有保持其生理机能正常及其健康状态不受侵犯的权利。健康包括生理健康和心理健康。具体而言是指劳动者的人体各种生理机能的正常运转,没有任何身心障碍。劳动者的健康权的内容包括健康维护权、劳动能力保有、利用和发展权等。用人单位对劳动者健康权的保护,主要是通过提供符合劳动安全卫生标准的劳动条件来实现的。当然,还包括及时地向劳动者支付工资,及时安排休息休假等。

总之,对劳动者生命权、健康权的保护,是所有文明社会共同的任务。这是人的一种自然权利,也是每个劳动者都应享有的一种绝对性权利。实现对劳动者生命、健康等人格权的保护,绝不允许用人单位以牺牲劳动者的生命健康权等人格利益为代价来谋取经济利益最大化。为此,美国于1970年颁布了世界上首部《职业安全与健康法》(Occupational Safety and Health Act),确定了雇主必须履行保护其雇员安全、健康的一般义务。<sup>[15]</sup>该法的宗旨是“尽量保证全国每个男女工人都能在安全和卫生条件下从事工作,并保护国家的人力资源”。<sup>[16]</sup>并且,其总的原则不仅要确保劳动者的生命安全和健康,而且还要为劳动者创造体面的工作环境。<sup>[17]</sup>

## (二)用人单位对劳动者肖像权、荣誉权、隐私权等人格权的保护

用人单位对劳动者的人身保护义务还包括对劳动者的肖像权、荣誉权、隐私权等人格权的保护义务。20世纪以来,用人单位对劳动者人格权的保护内容也进一步丰富,包括肖像、荣誉、人身自由、隐私等。受雇劳动者的肖像权、荣誉权、隐私权等人格利益受法律保障,不得以雇主之指示命令权任意剥夺。许多国家的法律对此都有一些明文规定。

在我国,这类义务尚未法定化,但世界其他国家的一些经验非常值得借鉴。比如,在德国,《联邦数据保护法》和《企业委员会法》要求雇主在进行对雇员人格的评述、对雇员的社会评价以及介入雇员的私人和隐私范围时,必须在权衡双方利益情况下做到公正。《雇员保护法》第2条规定,雇主有义务保护雇员免受工作场所的性骚扰。<sup>[18]</sup>在法国,《劳动法典》之第L122-45条(1992年12月31日第92-1446号法律),规定任何受薪人(劳动者)均不因其出身、性别、习俗、家庭状况、所属种族、国家或人种、政治观点、从事工会或合作行会性活动、宗教信仰,受到处罚或解雇(笔者注,这是有关反就业歧视的立法规定)。<sup>[19]</sup>各国立法之所以对劳动者人身之人格利益进行扩张保护,其法益有二:一是公共利益;二是私人利益。就公共利益而言,人格尊严属于一般人格权内容,是宪法保护的基本人权,它以违反法律和社会公序良俗为立法保护的基础。各国政府在雇佣合同的调整过程中引入公共利益(政策)因素,加强对劳动者人身之人格利益的保护,其目的在于实现雇主利益、员工、社会公共利益三者之间的平衡。就私人利益而言,现代劳动法制越来越注意保护劳动者人身权利,使劳动者能体面劳动,尊严生活。

在资本主义国家,如果说劳动法律关系的演进是被动型的,取得(劳资)力量平衡的最主要原因是出于“对社会革命的恐惧”<sup>[20]</sup>。那么,在社会主义国家,劳动法律关系的演进则应是国家主导型的,是执政为民、科学发展、构建和谐社会的执政宗旨使然。在理论和实践上凸显劳动合同的人身性特征,目的有二:其一,是为了进一步解释国家为什么要对劳动合同予以规制,认识劳动合同法对劳动者人身保护的不足并予以尽可能地补救,强化用人单位对劳动者的人身保护义务。其二,是为了使人们更好地认知劳动合同,以期在今后的《劳动合同法》的完善过程中,立法机关能自觉地为处于劳动关系弱势一方的劳动者设定更多的人身性保护权利,课以用人单位对劳动者的人身保护义务。因为,如果设立新的权利对于消除社会成员实际享有的法定权利之间的差距来说是必需的,那么它们就是正当的。而且这些权利的设立,在特定的社会条件下能更好地服务于实在法目的,即社会安全和社会合作。<sup>[21]</sup>

## 参考文献:

- [1]简良机. 劳基法实务争议问题之研究[M]. 台北:台湾蔚理出版社有限公司,1993:30.
- [2]See Asia Monitor Resource Center. Asia Pacific Labour Law Review: Workers' Rights for the New Century[M]. HongKong:AMRC, 2003, p.169.
- [3][德]W. 杜茨. 劳动法[M]. 张国文,译. 北京:法律出版社,2005:4.
- [4]谭兵. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2004:2—3.
- [5]由荣,胡大展. 外国法制史[M]. 北京:北京大学出版社,1989:41.
- [6]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第3卷[M]. 北京:北京人民出版社,1957:17.
- [7]李剑华. 劳动问题与劳动法[M]. 上海:上海太平洋书店,1928:自序.
- [8]杨燕绥,等. 劳动法新论[M]. 中国社会保障出版社,2004:239.
- [9]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第2卷[M]. 北京:人民出版社,1957:363—364.
- [10]See Takashi Araki. Labor and Employment Law in Japan[M]. Tokyo: The Japan Institute of Labor, 2002. pp.19、51—52.
- [11][加拿大]A. E. 奥斯特, L. 夏莱特. 雇用合同[J]. 王南译,北京:中国对外翻译出版公司,1995:138.
- [12]林诚二. 民法问题与实例解析[M]. 北京:法律出版社,2008:107.
- [13]常凯. 劳动权论——当代中国劳动关系的法律调整研究[M]. 北京:中国劳动社会保障出版社,2004:194.
- [14]毛泽东. 毛泽东选集:第4卷[M]. 北京:人民出版社,1991:1512.
- [15]See Dawn D. Bennett—Alexander, Laura P. Hartman. Employment Law for Business (second edition)[M]. Boston: Irwin/Mcgraw—will, 1998. pp.520—522.
- [16]任扶善. 世界劳动立法[M]. 北京:中国劳动出版社,1991:89.
- [17]Occupational Safety and Health Act[EB/OL]. [2010—04—08]. <http://www.osha.gov>.
- [18]王益英,黎建飞. 外国劳动法和社会保障法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2001:100—101.
- [19]法国劳动法典[M]. 罗结珍,译. 北京:国际文化出版公司,1996:58—59.
- [20]Catherine Barnard, Simon Deakin, Gillians Morris. The Future of Labour law; Liber Amicorum Bob Hepple QC[M]. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. p.290.
- [21][英]A. J. M. 米尔恩. 人的权利与人的多样性——人权哲学[M]. 夏勇,张志铭,译. 北京:中国大百科全书出版社,1995:149.